

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL
N^o : R-3901-2014

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

Société en commandite Gaz Métro

Demanderesse/Requérante

-et-

**Association des Consommateurs Industriels de Gaz
(ACIG)**

**Fédération Canadienne de l'Entreprise Indépendante
(FCEI)**

**Groupe de Recherche Appliquée en Macroécologie
(GRAMÉ)**

**Regroupement des Organismes Environnementaux en
Énergie (ROÉE)**

**Stratégies Énergétiques -et- Association Québécoise de
Lutte contre la Pollution Atmosphérique (SÉ/AQLPA)**

Transcanada Energy LTD. (TCE)

Union des Consommateurs (UC)

Union des Municipalités du Québec (UMQ)

Intervenants

**PLAN D'ARGUMENTATION DE LA FCEI
DANS LE CADRE DE LA DEMANDE DE RÉVISION
DE LA DÉCISION D-2014-102**

Introduction

1. Société en Commandite Gaz Métro (« SCGM ») demande la révision de la décision D-2014-102 (la « Décision Finale ») rendue le 13 juin 2014 relativement à la demande d'approbation de son plan d'approvisionnement et de modification de ses conditions de service et tarif selon l'article 37 de la Loi sur la Régie de l'énergie (« Loi ») (« Demande de Révision »).

2. La Décision Finale rendue par la Régie de l'énergie (« **Régie** ») porte sur l'examen de la proposition d'allègement réglementaire et de révision du mode de partage du Distributeur et aussi sur le retard réglementaire :

« [30] La Régie considère que le contexte transitoire, évoqué dans la décision D-2013-106, couvre la période entre deux mécanismes incitatifs, soit la période du 1er octobre 2012 jusqu'à la mise en place du prochain mécanisme incitatif. Elle juge que la demande du Distributeur s'inscrit toujours dans cette période de transition entre deux mécanismes incitatifs. De plus, la Régie considère que le contexte économique et réglementaire dans lequel évolue le Distributeur a peu changé depuis la décision D-2013-106, dans laquelle sont déterminés les paramètres du mode de partage.

[31] Enfin, la Régie considère que l'examen de la proposition d'allègement du Distributeur alourdirait le traitement du dossier tarifaire et contribuerait à maintenir le retard actuel dans le calendrier réglementaire.

(...)

[41] La Régie est préoccupée par le retard réglementaire important observé dans le cadre des deux derniers dossiers tarifaires de Gaz Métro. La Régie prend acte du fait que la preuve relative aux modifications aux Conditions de services et Tarif de l'année 2015 ne pourra pas être déposée avant le mois de septembre 2014. La Régie en conclut que le dossier tarifaire 2015 accusera, pour une troisième année consécutive, un retard réglementaire important si rien n'est fait pour corriger la situation.

[42] La Régie juge que le retard réglementaire doit être rattrapé le plus rapidement possible. Elle considère que l'examen concomitant des tarifs 2015 et 2016 dans un seul dossier permettra d'atteindre cet objectif. »
[Nous soulignons].

3. Dans sa Demande de Révision, SCGM demande à la présente formation de la Régie de l'énergie (« **Régie** ») siégeant en révision de réexaminer sa décision alléguant que celle-ci est entachée de vices de fond et de procédure et que sa révision est justifiée pour les motifs suivants:

- La Régie aurait erré en contrevenant aux règles d'équité procédurale;
- La Régie aurait erré dans l'application ou l'interprétation des articles 18, 28, 31, 48, 49, 51, 114 et 115 de la Loi;
- La Régie aurait excédé sa juridiction;
- La Régie aurait erré dans l'appréciation de faits déterminants; et
- La Régie aurait erré en dans l'appréciation du Règlement sur la teneur et la périodicité du plan d'approvisionnement.

4. De plus, à la lecture de la Demande de Révision, il appert que le deuxième paragraphe de l'article 37 de la Loi est aussi soulevé par SCGM au soutien de sa Demande de Révision.
5. Tout d'abord il est important de rappeler que la Régie a une connaissance vaste et précise de l'environnement économique et réglementaire des entités qu'elle régule. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la Régie décide de la procédure à suivre en matière d'adoption de plan d'approvisionnement, ce qui rappelle que l'appréciation de la Régie s'inscrit dans un continuum réglementaire.
6. Il convient aussi de rappeler respectueusement les pouvoirs généraux de la Régie ainsi que le continuum dans lequel elle évolue :

[63] Dans l'exercice de ses fonctions, la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du Distributeur. De plus, elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif (article 5 de la Loi).

[64] La Régie a compétence exclusive pour surveiller les opérations du Distributeur afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants (article 31(2) de la Loi) et paient selon un juste tarif (article 31(2.1) de la Loi).

(...)

[92] La Régie (...) retient plutôt l'approche voulant que les pouvoirs qu'elle exerce fassent partie d'un « continuum » de pouvoirs qu'elle peut exercer en tout temps.

(...)

[94] (...) C'est en vertu de la Loi que la Régie détient sa compétence et ses pouvoirs et non pas en fonction des choix ou des demandes initiées par le Distributeur.

[95] Les choix du Distributeur placent la Régie dans la situation où elle doit exercer ses pouvoirs sur l'approbation du plan d'approvisionnement et sur l'appel d'offres alors que le Distributeur a déjà lancé un appel de qualification, plutôt que préalablement à ce lancement. Le Distributeur ne peut lancer un appel de qualification et ensuite affirmer que la Régie ne peut plus intervenir pour exercer les pouvoirs que la Loi lui confère. Il ne peut invoquer ses propres choix à l'encontre de la Loi et des règlements pour ensuite dire à la Régie qu'elle n'a pas la compétence ni les pouvoirs requis pour annuler ce que le Distributeur aurait fait à l'encontre de la Loi et des règlements

*Régie de l'énergie, Dossier R-3806-2012, Décision D-2012-142 aux
par. 63, 64, 92, 94*

Onglet 1

7. La Régie n'est donc pas un tribunal administratif au sens strict, mais plutôt un organisme de régulation à caractère multifonctionnel, c'est-à-dire qui remplit des fonctions législatives, administratives ou quasi judiciaires.
8. Par conséquent, la Régie est appelée à décider de questions plus ouvertes, en tenant compte d'un contexte factuel plus large et plus mobile, sur la base de règles qui ne sont pas toutes des normes juridiques et qui, même lorsqu'elles en sont, demeurent souvent très souples. La jurisprudence qualifie ce caractère comme étant une « nécessaire liberté d'action ». C'est le cas en l'espèce, lorsque le contexte économique nécessite une reprise du retard réglementaire.

[56] Selon la Cour supérieure dans l'affaire *Action Réseau Consommateur c. P.G. Québec*, la Régie n'est pas un tribunal administratif au sens strict, mais plutôt un organisme de régulation à caractère multifonctionnel, c'est-à-dire qui remplit des fonctions législatives, administratives ou quasi-judiciaires. Cette distinction est significative, comme l'expriment les auteurs du rapport Garant sur la réforme de la justice administrative :

« Il ne s'agit pas de tribunaux chargés de dire le droit en tranchant des litiges opposant des parties à un débat contradictoire, mais d'organismes dont la mission essentielle en est une de régulation économique et sociale ou de surveillance et de contrôle d'un secteur de l'activité économique, culturelle, professionnelle et sociale [...] »
[nous soulignons]

[57] De la même façon, les auteurs Issalys et Lemieux distinguent les organismes de régulation des tribunaux administratifs au sens strict :

« Tribunaux administratifs et organismes de régulation se distinguent en ce que les premiers sont des organes strictement juridictionnels, appliquant des normes juridiques préexistantes et objectives à des situations de fait, alors que les seconds appliquent à la fois des normes objectives et subjectives (par exemple "l'intérêt public"), quelquefois extrajuridiques. » [nous soulignons]

[58] La Cour d'appel donne des indications pertinentes sur la distinction entre un tribunal administratif et un organisme de régulation dans une affaire impliquant la Régie des marchés agricoles et alimentaires, un organisme de régulation à caractère multifonctionnel de nature similaire à la Régie :

« La Régie est un organisme tout à la fois régulateur, puisqu'elle doit favoriser une mise en marché efficace et ordonnée des produits agricoles et alimentaires (article 5) [...] en tenant compte des intérêts

des consommateurs et de la protection de l'intérêt public.» [nous soulignons]

[59] Qualifier la Régie d'organisme de régulation économique et la distinguer des tribunaux administratifs au sens strict n'est pas sans objet, surtout lorsqu'il est question de déterminer l'étendue de sa compétence, comme le mentionne d'ailleurs l'AEÉ dans son argumentation :

« a. Premièrement, s'agissant d'un organisme de régulation, il y a tout lieu de prétendre, s'inspirant des auteurs Issalys et Lemieux, que la Régie est investie d'une "gamme complète de pouvoirs, qui évoque les trois grandes fonctions de l'État", qui joue "en quelque sorte pour le secteur d'activités relevant de leur compétence le rôle d'un "appareil d'État en miniature". Lesdits auteurs résument ainsi cette raison d'être des organismes de régulation :

"La création d'un organisme de régulation permet de confier à une seule autorité un ensemble d'interventions étatiques visant un secteur d'activité économique et dont la coordination pourrait être sans cela plus difficile."

b. Deuxièmement, les auteurs émettent une nette distinction entre ces organismes et les tribunaux administratifs au sens strict quant à l'étendue de leur compétence propre :

"Du fait de leur mission de surveillance continue d'un secteur d'activité économique, les organismes de régulation disposent de pouvoirs beaucoup plus étendus que les tribunaux administratifs. Cette mission déborde largement le cadre de la fonction juridictionnelle. L'organisme de régulation ne se borne pas à statuer, comme le fait typiquement un tribunal administratif ou judiciaire, à la demande de l'une des parties à une contestation portant sur la manière d'appliquer une règle de droit à une situation relativement aisée à circonscrire. Il est appelé à décider de questions plus 'ouvertes, en tenant compte d'un contexte factuel plus large et plus mobile, sur la base de règles qui ne sont pas toutes des normes juridiques et qui, même lorsqu'elles en sont, demeurent souvent très souples. L'encadrement des pouvoirs discrétionnaires de l'organisme est donc, dans bien des cas, assez faible". »

[60] Une autre conséquence de la classification de la Régie parmi les organismes de régulation est que son caractère multifonctionnel emporte une « *nécessaire liberté d'action* ». Les organismes de la même nature que la Régie se sont vu reconnaître une autonomie réelle. Le professeur Garant écrit :

« Pourquoi enlever au ministre responsable la régulation d'un secteur quelconque de la vie économique et sociale dans un contexte qui requiert l'intervention poussée de l'État? La réponse à cette question devrait être fort différente suivant qu'on la pose

en 2010 ou il y a 35 ou 40 ans. Alors qu'en Angleterre et en France le législateur confiait aux ministères traditionnels la responsabilité et l'exécution de ces tâches nouvelles, le législateur, tant aux États-Unis qu'au Canada, confia souvent ces tâches à des organismes paraministériels qu'on a voulu les plus indépendants possible du gouvernement, des cours de justice et même du Parlement. »

[61] Au sujet de l'autonomie de la Régie, la Cour supérieure s'est d'ailleurs déjà exprimée :

« Comme le gouvernement et les intervenants l'ont déjà reconnu, la crédibilité de la Régie de l'énergie, en tant qu'organisme de régulation économique impartial, est directement tributaire de (a) la transparence du processus de fixation des tarifs, ainsi que (b) l'autonomie dont elle jouit en vertu de sa loi constitutive. »

[62] Classer la Régie comme organisme de régulation a une incidence sur la qualification de ses pouvoirs, ceux-ci pouvant être considérés comme des pouvoirs de « surveillance et de contrôle », comme le mentionne d'ailleurs l'AEÉ dans son argumentation :

« L'organisme désigné ainsi utilise la technique de régulation, laquelle "consiste à employer, pour la surveillance et l'encadrement d'un secteur d'activité économique, une combinaison variable de procédés". Ainsi, la surveillance au sens large du terme se situe au cœur de la mission de l'organisme. Soulignons qu'historiquement, la Régie de l'électricité et du gaz était considérée comme un "comité de surveillance et de contrôle".»

Régie de l'énergie, Dossier R-3709-2009, Décision D-2010-134 aux par. 56 à 62 Onglet 2

9. La Régie avait donc la latitude voulue pour rendre la décision qu'elle a rendu.
10. Ceci étant dit, pour les motifs que nous énoncerons plus bas, la FCEI considère que :
 - a) **La révision portant sur l'allègement réglementaire et la révision du mode de partage du Distributeur est devenue à caractère théorique et devrait être rejetée par ce seul motif.**
11. Nous constatons que SCGM a déposé le 15 juillet 2014 une demande relative à une proposition d'allègement réglementaire et de modification au mode de partage (R-3902-2014).
12. Par conséquent, en vertu de la doctrine relative au caractère théorique (mootness), la question d'allègement réglementaire et de modification au mode de partage ne soulève à présent qu'une question abstraite et théorique dans cette demande de révision. La décision de la Régie dans la présente demande de révision n'aura pas pour effet de résoudre cette question qui a fait l'objet d'un dépôt distinct et postérieur et ce, après la Décision Finale rendu le 13 juin 2014.

13. Peu importe la décision à venir sur cette demande de révision, il faudra recommencer le débat dans le dossier R-3902-2014.
14. La jurisprudence nous enseigne la démarche à suivre pour déterminer si le litige est théorique.

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 RCS. 342 aux p. 353-356

Onglet 3

b) **SCGM ne peut soumettre qu'elle n'a pas eu l'occasion d'être entendue sur un élément déterminant.**

15. Aux paragraphes 20, 27, 35, 46, 65, 97, 108(c) et (d) de la Demande de Révision, SCGM prétend que la Première formation a exclu la Proposition du dossier sans même avoir donné l'occasion à SCGM de s'exprimer sur ce dossier.
16. Il a été rappelé dans la Décision Finale au paragraphe 10, que la Régie a tenu une conférence préparatoire le 30 mai 2014 dans le but d'entendre les participants sur le traitement de la proposition d'allègement réglementaire du Distributeur et pour obtenir plus spécifiquement leurs commentaires.
17. Dès le début du dossier la Régie a laissé entendre à de nombreuses occasions qu'elle était susceptible de ne pas accepter la demande de SCGM.
18. Aussi, il convient de rappeler que SCGM est une intervenante régulière devant la Régie et qu'elle connaît son fonctionnement. Ce n'est pas parce qu'elle souhaite déposer une preuve additionnelle, détaillée et complète telle qu'exprimée dans sa demande initiale que la Régie manque à son obligation d'entendre cette partie lorsqu'elle ne satisfait pas à l'ensemble de sa demande. Agréer à cette opinion nierait la discrétion qu'accorde le cadre législatif à la Régie de déterminer les questions à débattre lors de l'audience publique.
19. *Régie de l'énergie, Dossier R-3878-2014, Décision D-2014-095 aux par. 88 et 89*
20. En outre, la Régie ne pourrait recevoir une Demande de Révision qui viserait l'ajout de nouveaux arguments, sous prétexte que SCGM n'a pas été invité à les soumettre.

Régie de l'énergie, Dossier R-3874-2013, Décision D-2014-071 aux par. 11 et 12

c) **Le vice de fond et le vice de procédure ne sont pas démontrés.**

21. L'existence d'une erreur constituant un vice de fond, si erreur il y a, n'est pas suffisante pour justifier l'intervention d'une seconde formation siégeant en révision. Cette formation ne pourra intervenir que si le vice est de nature à invalider la décision, donc qu'il doit entraîner sa nullité. Seule l'erreur fatale ayant un effet déterminant sur la décision de la première formation peut entraîner la révision.

- *Commission de la santé et sécurité au travail c. Fontaine*, [2005] Onglet 6 RJQ 2203 (CA) aux para 50-51.
 - *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux*, [1996] RJQ 608 (CA) à la p 11.
22. Au paragraphe 36 de sa Demande de Révision, SCGM indique que la Régie a contrevenu aux règles procédurales et a commis une erreur constituant un vice de fond. Cela constituerait un vice de fond fondamental de nature à invalider la Décision Finale, car cela aurait permis à la Régie de rendre une décision éclairée sur la Demande.
23. Comme il a été rappelé plus haut, la Régie de l'Énergie possède une profonde connaissance du contexte économique et agit dans un continuum.
24. Au paragraphe 54, SCGM conclut qu'une erreur de fait déterminante concernant l'évolution du contexte réglementaire relatif au mode de partage constitue un vice de fond.
25. La FCEI est plutôt d'avis que le contexte économique et réglementaire n'a pas changé et s'en remet à l'expertise de la Régie qui a une connaissance approfondie et a pris une décision éclairée concernant l'existence d'une période transitoire dictant les paramètres du mode de partage.
26. Ainsi, il est évident que le vice de fond et de procédure allégués par SCGM ne sont pas démontrés.
- B. Autres remarques**
27. La FCEI soumet également que les frais relatifs à l'embauche d'avocats externes par SCGM de même que les frais des intervenants dans cette demande de révision devraient être à la charge de l'actionnaire.
- C. Conclusion**
28. La Décision Finale ne souffre d'aucun des motifs de l'article 37 de la Loi.
29. La FCEI demande donc respectueusement à la Régie de rejeter la Demande de Révision de SCGM

Montréal, le 16 octobre 2014

(s) Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Avocats de la Fédération Canadienne de l'Entreprise
Indépendante (FCEI)